

# Het Handvest en de bescherming van nationale fundamentele rechten: een analyse in het licht van het Europees mededingingsrecht

43

J.M. Veenbrink\*

*Door het arrest Melloni lijkt een beschermingsniveau van nationale fundamentele rechten dat verder gaat dan het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie in bepaalde gevallen onmogelijk gemaakt door het Hof. In dit artikel wordt de reikwijdte van deze jurisprudentie besproken in het licht van een tweetal fundamentele rechten uit het mededingingsrecht. Dit rechtsgebied leent zich er uitstekend voor om te bepalen hoever het Hof met zijn jurisprudentie wil gaan.*

## 1. Inleiding

De relatie tussen het Europees recht en het nationaal recht wordt sinds jaar en dag beheerst door het beginsel van voorrang van het Unierecht. Bij strijdigheid met EU-recht dient nationaal recht terzijde geschoven te worden. Het beginsel van voorrang van het Unierecht strekt zich zelfs uit tot bepalingen van constitutionele aard. Onomstreden is dit beginsel niet. Zo hebben verscheidene constitutionele hoven de voorrang van het Unierecht niet ongekwalificeerd aanvaard voor nationale constitutionele normen.<sup>1</sup> In het verleden is het nog niet

tot een onoplosbaar conflict gekomen tussen de constitutionele hoven in de Europese Unie en het Hof van Justitie van de EU. Daar kan snel verandering in komen. De balans tussen de rechterlijke instanties in de EU is misschien door het Hof van Justitie in de zaken *Melloni*<sup>2</sup> en *Fransson*<sup>3</sup> verstoord.<sup>4</sup>

In de zaak *Fransson* heeft het Hof van Justitie de reikwijdte van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie toegelicht. De grondrechten in het Handvest moeten, aldus het Hof, op basis van artikel 51 lid 1 Handvest 'worden geëerbiedigd wanneer een nationale regeling binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt'.<sup>5</sup> Voorts wordt er in de zaak *Fransson*, maar ook in de zaak *Melloni*, stilgestaan bij artikel 53 Handvest. Dit artikel geeft het beschermingsniveau weer van de rechten en beginselen uit het Handvest. Volgens het Hof mogen lidstaten nog steeds nationale fundamentele rechten beschermen 'mits daardoor het beschermingsniveau van het Handvest zoals door het Hof uitgelegd, en de voorrang, eenheid en werking van het [Unierecht] niet in het gedrang komen'.<sup>6</sup> Met de 'werking' van het Unierecht wordt ook wel doeltreffendheid bedoeld.<sup>7</sup> Het drieluik voorrang, eenheid en werking/doeltreffendheid, zou een hogere bescherming van nationale fundamentele rechten onmogelijk kunnen maken.

De brede reikwijdte van het Handvest en de begrenzing van een hogere bescherming van fundamentele rechten op nationaal niveau zouden dus conflicten kunnen ople-

\* Mr. J.M. Veenbrink is als docent en onderzoeker verbonden aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Dit artikel is een uitgebreide versie van een lezing gegeven voor de expertisegroep mededinging van het kenniscentrum financieel en economisch recht verbonden aan de Rechtbank Rotterdam.

1 Zie bijvoorbeeld P. Craig & G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 268-296 en M. Bobek, 'The effects of EU law in the national legal systems', in: C. Barnard & S. Peers (red.), *European Union Law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 162-164.

2 HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 (*Melloni*), *SEW* 2013/146, afl. 9, m.nt. C. Janssens, *JB* 2013/57, m.nt. J.M. Veenbrink en H.C.F.J.A. de Waele.

3 HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:280 (*Fransson*), *SEW* 2013/147, afl. 9, m.nt. C. Janssens en E. Nordin, *JB* 2013/58, m.nt. J.M. Veenbrink en H.C.F.J.A. de Waele.

4 Zie bijvoorbeeld het persbericht van het Duitse Constitutionele Hof bij zaak 1 BvR 1215/07 van 24 april 2013, te raadplegen via [www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg13-031en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg13-031en.html). Zie ook L.F.M. Besselink, 'The Parameters of Constitutional Conflict after *Melloni*', *ELR* 2014, afl. 4, p. 532-533 en 552 en M. Safjan, 'Fields of Application of the Charter of Fundamental Rights and Constitutional Dialogues in the European Union', *EUI Law Centre for Judicial Cooperation DL* 2014/02. Vgl. R. van der Hulle & R. van der Hulle, 'De arresten *Akerberg Fransson* en *Melloni* gerelativeerd', *SEW* 2014/42, afl. 3 en J. Vervaele, 'The European arrest Warrant and Applicable Standards of Fundamental Rights in the EU', *REALaw* 2013, afl. 2, p. 52-53.

5 HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:280 (*Fransson*), r.o. 21.

6 HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 (*Melloni*), r.o. 60.

7 Zie HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:280 (*Fransson*), r.o. 29, *AB* 2013/132, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, par. 3, en *JB* 2013/57, m.nt. J.M. Veenbrink en H.C.F.J.A. de Waele, par. 7.

veren tussen het Hof van Justitie en verscheidene nationale rechterlijke instanties. Deze problematiek blijft in dit artikel buiten beschouwing. Wel zullen in dit artikel de grenzen van de voornoemde jurisprudentie verkend worden in het licht van het mededingingsrecht. Er zal dan ook gekeken worden in hoeverre lidstaten nog een hogere bescherming van nationale fundamentele rechten mogen bieden op basis van artikel 53 Handvest en de jurisprudentie van het Hof. In hoeverre is er dus een maximumgrens aan de bescherming van nationale fundamentele rechten? Het antwoord op deze vraag zal nader uitgewerkt worden aan de hand van twee beginselen uit het mededingingsrecht.

Het mededingingsrecht is, zoals ik later zal toelichten, een ideaal rechtsgebied om te analyseren in hoeverre het Hof een hogere bescherming van nationale fundamentele rechten zou kunnen toelaten. Allereerst zal ik kort de reikwijdte van het Handvest bespreken (par. 2). Vervolgens bekijk ik de mogelijkheid tot bescherming van nationale fundamentele rechten in het licht van artikel 53 Handvest (par. 3). Daarna zal ik stappen destilleren uit de jurisprudentie van het Hof om te bepalen of een hogere bescherming van nationale fundamentele rechten mogelijk is (par. 4). Tot slot zal ik dit stappenplan toepassen op een tweetal fundamentele rechten,<sup>8</sup> het zwijgrecht en de advocaat-cliënt-vertrouwelijkheid, in het Europese en Nederlandse mededingingsrecht (par. 5).

## 2. De reikwijdte van het Handvest

De instellingen, maar ook de organen en instanties, van de Europese Unie zijn gebonden aan de fundamentele rechten en beginselen in het Handvest. Dit betekent dat zij in hun handelen rekening dienen te houden met het Handvest.

Niet alleen de Europese actoren zijn gebonden aan het Handvest. Lidstaten kunnen ook gehouden zijn de fundamentele rechten en beginselen uit het Handvest te respecteren. Artikel 51 lid 1 Handvest bepaalt dat lidstaten

gebonden zijn aan het Handvest wanneer zij het Unierecht ten uitvoer brengen. Deze zinsnede leek een breuk te impliceren met de jurisprudentie van het Hof van Justitie van voor 1 december 2009. Desondanks koos het Hof er in de zaak *Fransson* voor om de gevestigde jurisprudentie over de reikwijdte van fundamentele rechten als algemene rechtsbeginselen door te trekken naar de reikwijdte van het Handvest.<sup>9</sup> Lidstaten zijn, aldus het Hof in *Fransson*, gebonden aan het Handvest wanneer een nationale regeling 'binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt'.<sup>10</sup> In de literatuur worden drie omstandigheden onderscheiden waaronder lidstaten gebonden zijn aan het Handvest, namelijk wanneer zij (i) EU-recht implementeren, (ii) van het EU-recht afwijken en (iii) binnen de werkingssfeer van het Unierecht handelen.<sup>11</sup> Deze categorieën zijn zeer ruim waardoor veel situaties binnen de reikwijdte van het Handvest kunnen vallen. Zoals het Hof heeft aangegeven: '[w]anneer het Unierecht toepasselijk is, impliceert dit dat de door het Handvest gewaarborgde grondrechten toepassing vinden'.<sup>12</sup> Desondanks zal het Handvest niet van toepassing zijn op situaties waarin geen enkel verband met het Unierecht is.<sup>13</sup> Er moet een Europese norm zijn die wordt toegepast in de nationale zaak, een zogenoemde 'triggering rule'.<sup>14</sup> Ward bespreekt op basis van jurisprudentie van het Hof een aantal stappen om te bepalen wanneer er een 'triggering rule' is.<sup>15</sup> Allereerst dient er een Unierechtelijke bepaling te zijn die van belang is voor het oplossen van het geschil. Dit dient een andere bepaling te zijn dan de Handvestbepaling die wordt ingeroepen.<sup>16</sup> Ten tweede moet het geschil vallen binnen de reikwijdte van de Unierechtelijke bepaling. Deze tweede stap is, aldus Ward, niet noodzakelijk wanneer het Handvest wordt ingeroepen om te bepalen of de rechtsbescherming in de lidstaat voldoende is om het materiële Unierecht te handhaven.

- 8 Het Handvest bevat rechten en beginselen, zie voor het onderscheid tussen beide: T. Barkhuysen & A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht: een actualisatie anno 2014', *JBplus* 2014, afl. 2, p. 91-95, en S. Peers & S. Prechal, 'Article 52 – Scope of Guaranteed Rights', in: S. Peers e.a. (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford: Hart Publishing 2014, p. 1505-1511.
- 9 Dit is expliciet aangegeven door het Hof in HvJ EU 10 juli 2014, C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055 (*Hernández*), r.o. 33.
- 10 HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:280 (*Fransson*), r.o. 21. Zie ook HvJ EU 6 maart 2014, C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 (*Siragusa*), r.o. 21.
- 11 Vgl. M.A. Fierstra, 'Åkerberg Fransson: ruim toepassingsgebied van Handvest op handelingen van lidstaten', *NtEr* 2013, afl. 6, p. 200-201. Sommige auteurs delen deze drie categorieën in twee categorieën of maken wederom een onderverdeling in verschillende situaties, zie bijvoorbeeld K. Lenaerts, 'The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice', in: S. Peers e.a. (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford: Hart Publishing 2014, p. 1531-1569; M. de Mol, 'De toepassing van Uniegrondrechten op nationaal recht en het allocatiebeginsel', *NJCM-Bulletin* 2013, afl. 6 en E. Hancox, 'The Meaning of "Implementing" EU Law under Article 51(1) of the Charter: Åkerberg Fransson', *CMLR* 2013, afl. 5.
- 12 HvJ EU 30 april 2014, C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281 (*Pfleger*), r.o. 34.
- 13 HvJ EU 27 maart 2014, C-265/13, ECLI:EU:C:2014:187 (*Emiliano Torralbo Marcos*); en HvJ EU 6 maart 2014, C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 (*Siragusa*), r.o. 25 waar het Hof ook nadere aanknopingspunten geeft om te bepalen of er een verband met het Unierecht is. In een uitspraak van de Grote kamer van 11 november 2014 geeft het Hof aan dat er geen uitvoering van het Unierecht is wanneer de Unie niet bevoegd is om te handelen ten aanzien van bepaalde specifieke punten; zie HvJ EU 11 november 2013, C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358, r.o. 87-91.
- 14 Vgl. D. Sarmiento, 'Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe', *CMLR* 2013, Vol. 50, p. 1280 e.v.
- 15 A. Ward, 'Article 51 – Scope', in: S. Peers e.a. (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford: Hart Publishing 2014, p. 1452-1453.
- 16 HvJ EU 27 maart 2014, C-265/13, ECLI:EU:C:2014:187 (*Emiliano Torralbo Marcos*), r.o. 30.

### 3. De bescherming van nationale fundamentele rechten

Tot aan de jaren 70 heeft het Hof van Justitie zich verre gehouden van de bescherming van fundamentele rechten. Dit was niet zo vreemd, aangezien de EU gebaseerd was op economische integratie. De EU is, gedurende de jaren, steeds meer beleidsterreinen gaan bestrijken. Om tegemoet te komen aan bezwaren van constitutionele hoven, niet het minst die van het Duitse Constitutionele Hof, is het Hof van Justitie fundamentele rechten gaan beschermen. Een van de meest recente ontwikkelingen ten aanzien van de bescherming van fundamentele rechten door het Hof kan gevonden worden in de zaak *Melloni*. In deze zaak heeft het Hof op basis van artikel 53 Handvest paal en perk gesteld aan een hogere beschermingsgraad van nationale fundamentele rechten. Een hogere bescherming op nationaal niveau mag slechts plaatsvinden mits 'de voorrang, eenheid en werking van het recht van de Unie niet in het gedrang komen'.<sup>17</sup> De Handvestrechten kunnen dan ook een minimum- en maximumbeschermingsgraad bieden, waardoor de lidstaten geen andere bescherming meer mogen geven. Het Hof probeert 'te vermijden dat een bescherming van de grondrechten (...) zou kunnen variëren naar gelang het betrokken nationale recht'.<sup>18</sup> Dit zou namelijk afbreuk doen aan de eenheid, de voorrang en doeltreffendheid van het Unierecht. In Advies 2/13 over de toetreding van de Unie tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden refereert het Hof ook aan deze jurisprudentie.<sup>19</sup> Het ontwerp voor het toetredingsverdrag regelde namelijk niets met betrekking tot de mogelijkheid in het EVRM om een hogere bescherming van fundamentele rechten op nationaal niveau te bieden. De mogelijkheid dat nationale autoriteiten na toetreding van de Unie tot het EVRM op basis van dit verdrag een hogere bescherming van fundamentele rechten zouden bieden dan het Handvest dat zou doen,<sup>20</sup> was zelfs een van de (vele) redenen waarop het Hof heeft geoordeeld dat de toetreding tot dit verdrag (nog) geen doorgang kan vinden.<sup>21</sup> De bescherming van de eenheid, voorrang en

doeltreffendheid van het Unierecht is dus een belang dat sterk beschermd wordt door het Hof.

Een vraag die veelal in de literatuur is gesteld, is wanneer lidstaten een hogere beschermingsgraad van nationale fundamentele rechten mogen bieden ten opzichte van de corresponderende rechten uit het Handvest. In de jurisprudentie van het Hof is een aantal aanknopingspunten te vinden voor het beantwoorden van deze vraag.

#### 3.1. Beoordelingsmarge in het Europees recht

Allereerst dient er gekeken te worden of er een beoordelingsmarge<sup>22</sup> is voor de lidstaat in de tenuitvoerlegging van het Unierecht. Is er geen enkele beoordelingsmarge, of met andere woorden, keuzevrijheid, dan lijkt het erop dat een lidstaat geen hogere bescherming van nationale fundamentele rechten mag bieden. Dit volgt *a contrario* uit de redenering van het Hof dat lidstaten onder omstandigheden nog steeds een hogere beschermingsgraad mogen bieden wanneer het optreden niet compleet door het Unierecht wordt bepaald.<sup>23</sup> Het Unierecht geeft de lidstaten dan de ruimte in de uitvoering van het Europees recht. Deze redenering, volgend uit de zaak *Fransson*, kan ook gevonden worden in de zaak *A/B*, waarin het onder meer ging om een incidentele procedure voor een grondwettigheidstoetsing. Oostenrijkse rechters mogen namelijk wetgeving niet op eigen gezag buiten toepassing laten indien deze strijdig is met het Handvest. Blijkens vaste jurisprudentie van het Oostenrijkse Constitutionele Hof moet dergelijke wetgeving vernietigd worden door het Constitutionele Hof zelf. Voorts hoeven nationale rechters, volgens de jurisprudentie van het Constitutionele Hof, geen vragen te verwijzen naar het Hof van Justitie over de uitleg van een Handvestbepaling wanneer 'een door de Oostenrijkse grondwet gewaarborgd recht dezelfde werkingssfeer heeft als een door het Handvest gewaarborgd recht'.<sup>24</sup> Het Constitutionele Hof kan in een dergelijk geval de nationale wet opzijzetten op basis van de grondwettelijke bepaling. De lagere Oostenrijkse rechter stelde het Hof onder meer de vraag of de jurisprudentie van het Constitutionele Hof in strijd was met het Unierecht. Met verwijzing naar het arrest *Melki en Abdeli* geeft het Hof aan dat dergelijke regels van nationaal recht

17 HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 (*Melloni*), r.o. 60. Zie ook HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:280 (*Fransson*), r.o. 29; HvJ EU 6 maart 2014, C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 (*Siragusa*), r.o. 32 en HvJ EU 11 september 2014, C-112/13, ECLI:EU:C:2014:2195 (*A/B*), r.o. 44.

18 HvJ EU 6 maart 2014, C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 (*Siragusa*), r.o. 32.

19 HvJ EU 18 december 2014, Advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, r.o. 187-190.

20 Deze redenering van het Hof is wat mij betreft enigszins cryptisch. De mogelijkheid voor partijen bij het EVRM, inclusief de lidstaten van de Unie, om op basis van dit verdrag een hogere bescherming van fundamentele rechten in de nationale rechtsorde te bieden bestaat vandaag de dag ook al. De mogelijke toetreding van de Unie tot het EVRM lijkt mij hier niets aan te veranderen. Voorts hebben de lidstaten van de Europese Unie geen verplichting om op basis van het EVRM een hogere bescherming te bieden, maar wel de verplichting om in bepaalde gevallen geen hogere bescherming te bieden op basis van de *Melloni*-jurisprudentie. Hier lijkt mij dan ook geen sprake van conflicterende verplichtingen.

21 Zie voor een eerste commentaar op deze uitspraak bijvoorbeeld de editorial comment: 'The EU's Accession to the ECHR – a "NO" from the ECJ!', *CMLR* 2015, Vol. 52, p. 1-16. Zie bijvoorbeeld ook J. Morijn, 'After Opinion 2/13: how to move on in Strasbourg and Brussels?' te raadplegen via <http://eutopialaw.com/2015/01/05/after-opinion-213-how-to-move-on-in-strasbourg-and-brussels/>.

22 Voor het concept 'beoordelingsmarge' voor Unie-instellingen, zie: P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 404-405. In beginsel kan de uitleg van een beoordelingsmarge voor Unie-instellingen ook gebruikt worden voor het handelen van lidstaten; zie bijvoorbeeld J. Gerards, 'Pluralism, Deference and The Margin of Appreciation Doctrine', *ELJ* 2011, afl. 1, p. 99. In het kader van staatsaansprakelijkheid wordt er bij de beoordelingsmarge gekeken of er keuzeruimte is voor een lidstaat; zie J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 345-348.

23 HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:280 (*Fransson*), r.o. 29 en HvJ EU 11 september 2014, C-112/13, ECLI:EU:C:2014:2195 (*A/B*), r.o. 44.

24 HvJ EU 11 september 2014, C-112/13, ECLI:EU:C:2014:2195 (*A/B*), r.o. 25.

in strijd kunnen zijn met het Unierecht. Voorts gaf het Hof aan dat er voor de hoogste rechters een verplichting is om vragen te stellen over de geldigheid van een richtlijn indien de nationale bepaling, die onderwerp van geschil is, implementatiewetgeving is. Nationale autoriteiten en rechterlijke instanties blijven, aldus het Hof, ‘voor het overige’<sup>25</sup> vrij om ‘de naleving van de door de nationale grondwet gewaarborgde rechten te verzekeren’.<sup>26</sup> Hier volgt dan ook uit dat de hoogste nationale rechter, wanneer deze vragen moet verwijzen naar het Hof, niet meer vrij is om zelfstandig nationale grondrechten toe te passen wanneer deze corresponderen met fundamentele rechten uit het Handvest.

### 3.2. Consensus over het fundamentele recht

De beoordelingsmarge voor lidstaten in de uitvoering van het *Unierecht* moet onderscheiden worden van de consensus over een *fundamenteel recht*. Deze consensus kan bestaan uit consensus over de inhoud van een fundamenteel recht, maar ook uit consensus over de reikwijdte van een fundamenteel recht. Indien er wel een beoordelingsmarge is voor de lidstaat in de tenuitvoerlegging van het Unierecht, mag er geen hogere bescherming van fundamentele rechten plaatsvinden indien dit strijdig zou zijn met de voorrang, eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht. Het lijkt erop dat deze strijdigheid per definitie zal ontstaan wanneer er op Europees niveau consensus is over een fundamenteel recht. Is er consensus op Europees niveau over het specifieke fundamentele recht dan kan een lidstaat daar niet van afwijken in de uitvoering van het Unierecht. Dit volgt uit het arrest *Melloni*<sup>27</sup> waarin er op Europees niveau consensus was over de uitwerking van het recht op een eerlijk proces in het Kaderbesluit betreffende het Europees Aanhoudingsbevel. Een persoon veroordeeld *in absentia* moet overgeleverd worden. Dit had, zo blijkt uit het betreffende kaderbesluit, de Europese wetgever niet in strijd geacht met het recht op een eerlijk proces. Er was dus consensus over, in dit geval, de inhoud van het recht op een eerlijk proces. Het Spaanse Constitutionele Hof moest daarop de beschermingsgraad van het recht op een eerlijk proces verlagen en heeft dat ook gedaan. Het kaderbesluit geeft

verplichte gronden en facultatieve gronden waardoor overlevering niet hoeft plaats te vinden. Op basis van het betreffende kaderbesluit is er een marginale beoordelingsmarge voor de lidstaten om te bepalen of er eventueel aan een van de weigeringsgronden voldaan is en of een van de facultatieve weigeringsgronden wordt toegepast bij de tenuitvoerlegging van een arrestatiebevel. In het arrest *Melloni* viel de consensus over de inhoud van het fundamentele recht grotendeels samen met de marginale beoordelingsmarge ten aanzien van de uitvoering van het Kaderbesluit betreffende het Europees Aanhoudingsbevel.

Desondanks is het mogelijk dat er consensus is over een fundamenteel recht, maar dat het Unierecht verder een ruimere beoordelingsruimte laat ten aanzien van de Europeesrechtelijke regeling in algemene zin. Natuurlijk is het andersom ook mogelijk; het Unierecht kan een lidstaat geheel binden, hoewel er consensus is over een fundamenteel recht.<sup>28</sup> Deze laatste situatie is minder relevant voor de vraag of een nationale autoriteit een hogere graad van bescherming van fundamentele rechten mag bieden, aangezien er geen enkele ruimte is om af te wijken van het Europees recht en het de nationale autoriteiten per definitie niet vrijstaat om een hogere bescherming van nationale fundamentele rechten toe te passen.

Consensus over de reikwijdte en/of inhoud van een fundamenteel recht lijkt bereikt te zijn wanneer het secundaire recht expliciet de reikwijdte of inhoud van het fundamentele recht uit het Handvest aangeeft.<sup>29</sup> Dit lijkt te volgen uit het arrest *Jeremy F.*<sup>30</sup> Hier dient wel opgemerkt te worden dat het Hof in deze zaak niet verwijst naar artikel 53 Handvest. De zaak *Jeremy F* draait, net als *Melloni*, om het Europees Aanhoudingsbevel. Het betreffende kaderbesluit verwijst naar de rechten uit hoofdstuk VI van het Handvest. Daarnaast komt, aldus het Hof, het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel ‘in de door het kaderbesluit ingevoerde overleveringsprocedure’<sup>31</sup> een ‘bijzonder belang’ toe. Op basis van, onder meer, het ontbreken van de nadere precisering van het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel, mogen lidstaten een hogere graad van bescherming van het recht op een daadwerkelijk proces geven.<sup>32</sup> Het lijkt er derhalve op dat, op dit moment, een recht uit het Handvest nader gepreciseerd

<sup>25</sup> Ibid., r.o. 44.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> M. Safjan, ‘Fields of Application of the Charter of Fundamental Rights and Constitutional Dialogues in the European Union’, *EU Law Centre for Judicial Cooperation DL 2014/02*, p. 10, en B. de Witte, ‘Art 53 – Level of Protection’, in: S. Peers e.a. (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford: Hart Publishing 2014, p. 1533-1534. Zie ook de conclusie van A-G Y. Bot 2 oktober 2012, C-399/11, ECLI:EU:C:2012:600 (*Melloni*), punt 126.

<sup>28</sup> Vgl. HvJ EU 11 september 2014, C-112/13, ECLI:EU:C:2014:2195 (*A/B*). Als voorbeeld kan gedacht worden aan een besluit van de Commissie tot terugvordering van onrechtmatige staatssteun. In een dergelijk geval hoeft er niet per definitie consensus te zijn over bijvoorbeeld het recht op een eerlijk proces of het recht op eigendom.

<sup>29</sup> Zie ook de annotatie bij de uitspraak *Melloni* van J.M. Veenbrink en H.C.F.J.A. de Waele in *JB* 2013/57, par. 8, waar drie mogelijke vormen van consensus besproken worden.

<sup>30</sup> HvJ EU 30 mei 2013, C-168/13, ECLI:EU:C:2013:358 (*Jeremy F.*).

<sup>31</sup> Ibid., r.o. 42.

<sup>32</sup> Ibid., r.o. 51-52. Het Hof geeft aan dat er dus een beoordelingsmarge is. Naar mijn mening lijkt de afwezigheid van een ‘nadere precisering’ van een fundamenteel recht hier doorslaggevend. Consensus over een fundamenteel recht wordt dan ook onterecht gelijkgesteld met een beoordelingsmarge in algemene zin van de uitvoering van het Europees Aanhoudingsbevel en dus de Europese regeling.

moet zijn door de Uniewetgever voordat het Hof aanneemt dat er consensus is.<sup>33</sup> Deze precisering moet dusdanig zijn dat er dan geen ruimte meer is voor een andersluidende interpretatie het fundamenteel recht of een bepaald aspect van dat fundamenteel recht. Indien deze vorm van consensus bestaat lijkt er, op basis van *Melloni*, geen mogelijkheid om een hogere bescherming te bieden.

### 3.3. Voorrang, eenheid en doeltreffendheid

Indien er geen consensus bestaat over de reikwijdte of inhoud van een fundamenteel recht zou het drieluik 'voorrang, eenheid en doeltreffendheid' alsnog een rol kunnen spelen.<sup>34</sup> Deze termen hebben de potentie om iedere hogere beschermingsgraad van nationale fundamentele rechten te verbieden wanneer het handelen van een lidstaat binnen de reikwijdte van het Handvest valt. Aan de andere kant is het maar de vraag in hoeverre het Hof de lidstaten wil terugfluiten ten aanzien van een hogere fundamentele rechtsbescherming.<sup>35</sup>

Aan de grens van voorrang zou, naar mijn mening, niet een zelfstandige betekenis als ijkpunt toegekend moeten worden. Het beginsel van voorrang houdt in dat nationaal recht opzijgezet dient te worden bij strijdigheid met het Europees recht en is dus een conflictregel. Om de strijdigheid met het Unierecht dan juist vast te stellen op basis van het beginsel van voorrang zal een cirkelredenering opleveren.<sup>36</sup> Naar mijn mening zou een hogere bescherming van nationale fundamentele rechten dan ook getoetst moeten worden aan de eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht. De voorrang speelt dan slechts een rol wanneer een van deze grenzen is bereikt en zal dus vereisen dat het nationale fundamentele recht terzijde geschoven moet worden.

Naar mijn mening zijn er twee situaties waarin de eenheid en de doeltreffendheid grenzen kunnen stellen waardoor een hogere bescherming van nationale fundamentele rechten ingeperkt kan worden. De eerste situatie zal ontstaan wanneer handelingen van Unie-instellingen direct getoetst worden aan nationale fundamentele rechten.<sup>37</sup> De tweede situatie kan ontstaan wanneer het nationale handelen, wat Unierecht uitvoert, aan nationale fundamentele rechten getoetst wordt.<sup>38</sup> Er kan dus sprake zijn van een *directe toets* aan het Unierecht of een *indirecte toets* aan het Unierecht. Voor beide toetsingsmogelijkheden dient bekeken te worden of de eenheid en doeltref-

fendheid in het geding komt bij een hogere bescherming door nationale fundamentele rechten. De mogelijke uitwerking van deze twee beginselen zal ik aan de hand van een tweetal fundamentele rechten uit het mededingingsrecht, het zwijgrecht en de advocaat-cliënt-vertrouwelijkheid, bespreken in par. 5.

## 4. De beoordeling

De stappen die naar mijn mening genomen zouden moeten worden om te bepalen of er een hogere bescherming van nationale fundamentele rechten geboden mag worden, zijn de volgende:

- i. Allereerst dient er een 'triggering rule' te zijn, zodat het Handvest, conform artikel 51 lid 1, van toepassing is in het geschil. Indien het Handvest niet van toepassing is, blijven de lidstaten vrij om hun eigen fundamentele rechten toe te passen. Er zal dan ook geen conflict zijn met een corresponderend recht uit het Handvest.
- ii. Ten tweede moet er bepaald worden of een lidstaat een beoordelingsmarge heeft in de tenuitvoerlegging van het Europees recht. Is die er niet dan staat het de nationale autoriteiten niet meer vrij om nationale fundamentele rechten toe te passen op een wijze die de uitvoering van het Europees recht in het geding laat komen.<sup>39</sup>
- iii. Indien de lidstaat een beoordelingsmarge wordt gelaten in de tenuitvoerlegging van het Europees recht, dient er gekeken te worden of de specifieke Europeesrechtelijke bepaling gebaseerd is op consensus over de reikwijdte en/of inhoud van een fundamenteel recht. Er dient dan ook, zoals uit *Melloni* en *Jeremy F* blijkt, consensus te bestaan over het fundamenteel recht, of een specifiek aspect van dat fundamenteel recht, waardoor een andersluidende interpretatie hierover niet meer mogelijk is. Een hogere graad van bescherming ten aanzien van de inhoud en/of reikwijdte van nationale fundamentele rechten is dan ook niet toegestaan indien blijkt dat de Uniewetgever consensus heeft bereikt over de inhoud en/of reikwijdte van een fundamenteel recht.
- iv. Indien een hogere graad van bescherming van nationale fundamentele rechten niet is uitgesloten op basis van de voorgaande stappen, dient er getoetst

33 Vgl. K. Lenaerts, 'The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice', in: S. Peers e.a. (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford: Hart Publishing 2014, p. 1591-1592, en M.I. Veldt-Foglia, 'Stefano Melloni: grenzen aan de nationale grondwettelijke grondrechtenbescherming bij uitvoering van een EAB', *NtEr* 2013, afl. 10, p. 344. De vraag blijft dan wel of bijvoorbeeld het aannemen van een wetgevende handeling op basis van gekwalificeerde meerderheidsstemming in de Raad voldoende is om te kunnen spreken van consensus over de inhoud of reikwijdte van een voor die wetgevende handeling relevant fundamenteel recht.

34 Zie ook de annotatie bij *Melloni* van R.J.G.M. Widdershoven in *AB* 2013/132, par. 5. Vgl. K. Lenaerts, 'The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice', in: S. Peers e.a. (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford: Hart Publishing 2014, p. 1591. N. de Boer, 'Addressing Rights Divergences under the Charter: *Melloni*', *CMLR* 2013, Vol. 50, p. 1096, ziet deze ruimte alleen nog in ERT-achtige situaties.

35 A. Ward, 'Article 51 – Scope', in: S. Peers e.a. (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford: Hart Publishing 2014, p. 1420.

36 Vgl. HvJ EG 17 december 1970, 11/70, ECLI:EU:C:1970:114 (*Internationale Handelsgesellschaft*), r.o. 3. Het Hof verwijst in de zaak *Siragusa* in één adem naar *Internationale Handelsgesellschaft* (r.o. 3) en *Melloni* (r.o. 60). In *Melloni* (r.o. 59) wordt ook naar de betreffende rechtsoverweging uit *Internationale Handelsgesellschaft* verwezen.

37 Zie bijvoorbeeld de zaak *Melloni*.

38 Zie bijvoorbeeld de zaak *Fransson*.

39 Hier dient wel bij opgemerkt te worden dat, zoals eerder aangegeven, er niet noodzakelijk consensus hoeft te bestaan over de inhoud en/of reikwijdte van een eventueel toepasselijk fundamenteel recht, zie ook noot 28.

te worden aan de voorrang, eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht. Hier zal aan de voorrang geen zelfstandige betekenis worden toegekend. Een eventuele hogere beschermingsgraad die een nationaal fundamenteel recht biedt mag de eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht niet in het geding brengen.

## 5. Bescherming van fundamentele rechten in het Nederlands mededingingsrecht en het Europees mededingingsrecht

Zoals eerder aangegeven biedt het mededingingsrecht, en dan meer specifiek het kartelverbod en het verbod op misbruik van een economische machtspositie, een uitgelezen kans om de grenzen van de *Melloni/Fransson*-jurisprudentie te testen. Vaak worden fundamentele rechten in het Europese mededingingsrecht afgewogen tegen een effectieve handhaving van de Europese mededingingsregels. Hier vindt dus al een afweging plaats tussen de bescherming van fundamentele rechten en het effectiviteitsbeginsel. Voorts zal er in het mededingingsrecht per definitie een beoordeling plaats moeten vinden aan de hand van de eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht om te bepalen of nationale autoriteiten een hogere bescherming van nationale fundamentele rechten ten opzichte van het Handvest mogen toepassen. Deze twee grenzen aan de hogere bescherming van nationale fundamentele rechten zullen derhalve per definitie aan de orde kunnen komen in mededingingsrechtelijke zaken. Ik zal de beoordeling, zoals voorgesteld in par. 4, nader concretiseren aan de hand van een tweetal fundamentele rechten, namelijk de advocaat-cliënt-vertrouwelijkheid en het zwijgrecht. De advocaat-cliënt-vertrouwelijkheid en het zwijgrecht vallen allebei onder artikel 48 lid 2 Handvest. Voor beide rechten zal slechts de reikwijdte *ratione personae* besproken worden. Voordat er gekeken kan worden of een hogere bescherming van de twee rechten in nationaal recht mogelijk is ten opzichte van de corresponderende rechten uit het Handvest, moet er bepaald worden of er een hogere bescherming is van deze rechten in het Nederlandse mededingingsrecht.

### 5.1. Hoger beschermingsniveau van het zwijgrecht

Een beroep op het zwijgrecht werd in het Europese mededingingsrecht voor het eerst in 1989 in de zaak *Orkem* gehonoreerd.<sup>40</sup> Het Hof van Justitie zette in deze zaak de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie af tegen de fundamentele rechten die de onderneming heeft. De

‘nuttige werking’ van medewerkingsplichten mag geen afbreuk doen aan de rechten van de verdediging.<sup>41</sup> De onderneming heeft een zwijgrecht in het Europees mededingingsrecht, al is het niet geheel duidelijk tot wie dit zwijgrecht zich uitstrekt. Dit is met name relevant om te weten tijdens een zogenoemde *dawn raid* waarin medewerkers van de onderneming een medewerkingsplicht hebben.<sup>42</sup> Tot op heden is er nog geen casus geweest in het Europese mededingingsrecht waarin de onduidelijkheid ten aanzien van de reikwijdte *ratione personae* is weggenomen. Naar mijn mening zijn er twee scenario’s; (i) alleen wettelijke vertegenwoordigers van een onderneming hebben dit recht, of (ii) alle personeelsleden hebben dit recht. Voor beide scenario’s zijn aanknopingspunten te vinden. Vesterdorf heeft bijvoorbeeld voor de eerste optie gepleit.<sup>43</sup> Indien een wettelijke vertegenwoordiger van een onderneming misleidende of foute antwoorden geeft kan dit leiden tot een boete. De antwoorden van ‘gewone’ werknemers kunnen later gerectificeerd worden door de onderneming.<sup>44</sup> Op basis van deze boetemogelijkheid concludeert Vesterdorf dat een afgeleid zwijgrecht slechts van toepassing is voor de wettelijke vertegenwoordiger. De gewone werknemer mag niet weigeren te antwoorden, maar kan wel incorrecte of misleidende antwoorden geven. Hierop staat niet automatisch een boete. Vandaar dat het in deze visie niet nodig wordt geacht alle werknemers een afgeleid zwijgrecht toe te kennen. Men zou ook kunnen zeggen dat alle werknemers een afgeleid zwijgrecht hebben. Het Hof van Justitie heeft namelijk aangegeven dat werknemers voor de duur van hun arbeidsrelatie onderdeel vormen van de onderneming en dus onderdeel zijn van de economische entiteit.<sup>45</sup> Dit zou betekenen dat alle vragen die worden gesteld aan de werknemer over de onderneming, vragen zijn die gesteld worden aan de economische entiteit. Deze economische entiteit heeft een zwijgrecht, en dus zou de werknemer voor de duur van de arbeidsrelatie een zwijgrecht hebben. Desondanks lijkt de visie van Vesterdorf in het kader van de effectieve handhaving van het Europees mededingingsrecht de meest plausibele mogelijkheid. Dit zou dan inhouden dat slechts de wettelijke vertegenwoordiger een recht heeft om, in naam van de onderneming, te zwijgen. Verklaringen van andere natuurlijke personen kunnen door de onderneming nog gerectificeerd worden en derhalve zouden andere natuurlijke personen niet in naam van de onderneming mogen zwijgen.

In het Nederlandse mededingingsrecht kennen we ook een zwijgrecht voor de onderneming. Dit zwijgrecht strekt

<sup>40</sup> HvJ EG 18 oktober 1989, 374/87, ECLI:EU:C:1989:387 (*Orkem*), r.o. 35.

<sup>41</sup> HvJ EG 18 oktober 1989, 374/87, ECLI:EU:C:1989:387 (*Orkem*), r.o. 34. Zie ook GvEA EG 29 april 2004, gevoegde zaken T-236/01, T-239/01, T-244/01-T-246/01, T-251/01 en T-252/01, ECLI:EU:T:2004:118 (*Tokai Carbon*), r.o. 402-403.

<sup>42</sup> Artikel 20 lid 2 onderdeel e Verordening (EG) 1/2003.

<sup>43</sup> B. Vesterdorf, ‘Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EC law: Recent Developments and Current Issues’, *Fordham International Law Journal* 2005, afl. 4, p. 1212-1214.

<sup>44</sup> Artikel 23 lid 1 onderdeel d Verordening (EG) 1/2003 en artikel 4 lid 3 Commissie Verordening (EG) 773/2004.

<sup>45</sup> HvJ EG 16 september 1999, C-22/98, ECLI:EU:C:1999:419 (*Jean Claude Becu*), r.o. 26.

zich uit tot alle werknemers van de onderneming.<sup>46</sup> In de Stroomlijningswet voor de ACM heeft de wetgever bepaald dat het afgeleide zwijgrecht zich niet uitstrekt tot de ex-werknemer. Dit is in tegenstelling tot wat het College van Beroep voor het bedrijfsleven eerder had geoordeeld.<sup>47</sup> Het CBb grondde zijn oordeel op de effectieve bescherming van het zwijgrecht. De Nederlandse wetgever heeft de balans tussen de effectieve bescherming van dit fundamentele recht en de effectieve handhaving van het mededingingsrecht naar de andere kant laten uitslaan. Indien de visie van Vesterdorf wordt aangehangen dan is het toekennen van een afgeleid zwijgrecht aan alle werknemers in het Nederlandse mededingingsrecht een hogere bescherming dan de bescherming die het Europees mededingingsrecht biedt aan ondernemingen. Deze visie is, zoals aangegeven, vanuit praktisch oogpunt het meest logisch. Voorts waarborgt deze optie de effectieve handhaving van het Europees mededingingsrecht het beste. Er lijkt in het Nederlandse mededingingsrecht dan ook een omvangrijkere bescherming te worden geboden.

## 5.2. Hoger beschermingsniveau van de advocaat-cliënt-vertrouwelijkheid

In de zaken *AM&S*<sup>48</sup> en *AKZO*<sup>49</sup> heeft het Hof van Justitie uitgemaakt dat de advocaat-cliënt-vertrouwelijkheid slechts van toepassing is op externe advocaten en niet op de advocaat in dienstbetrekking. Het Hof zag geen aanknopingspunten in de rechtsordes van de lidstaten om dit fundamentele recht uit te breiden naar de jurist/advocaat in dienstbetrekking. Het Hof maakt hier dus een afweging tussen een fundamenteel recht aan de ene kant en de effectieve handhaving van het mededingingsrecht aan de andere kant.<sup>50</sup>

In Nederland is de vertrouwelijkheid tussen de advocaat in dienstbetrekking, de zogenoemde Cohen-advocaat, en de onderneming wél beschermd.<sup>51</sup> Deze hogere bescherming, of bredere reikwijdte, zou het op deze manier moeilijker kunnen maken voor de ACM om overtredingen te bewijzen. Hierdoor kan het Europees mededingingsrecht moeilijker gehandhaafd worden. De vraag is

dan ook of de Cohen-advocaat op basis van het Europees recht nog wel de bescherming zou mogen krijgen die hij nu geniet.

## 5.3. Trigger rule?

Nationale mededingingsautoriteiten zijn altijd verplicht om het Europees mededingingsrecht parallel<sup>52</sup> aan het nationale mededingingsrecht toe te passen wanneer er een effect is op de tussenstaatse handel. Er is in het mededingingsrecht dus per definitie een 'trigger rule' in de zin van artikel 51 Handvest, wanneer er een effect is op de tussenstaatse handel. Dit houdt in dat het Handvest dus van toepassing is wanneer lidstaten het Europees mededingingsrecht toepassen.

## 5.4. Beoordelingsmarge in het Europees mededingingsrecht

Het Europees mededingingsrecht laat de lidstaten vrij om de procedures in te stellen voor de handhaving van de Europese mededingingsregels door nationale autoriteiten, al kan het wel de verplichting aan nationale autoriteiten opleggen om bepaalde rechten te handhaven.<sup>53</sup> Er is dan ook een beoordelingsmarge ten aanzien van de procedurele regels in het mededingingsrecht. Ten aanzien van het materiële recht dient er allereerst vermeld te worden dat het Unierecht de voorwaarden voor een schending van het kartelverbod en het verbod op misbruik van een economische machtspositie vaststelt.<sup>54</sup> De gelijktijdige toepassing van het Europees mededingingsrecht en het nationaal mededingingsrecht heeft het gevolg dat het Europees mededingingsrecht voorrang geniet en dus bepalend is voor de uitkomst van een zaak.<sup>55</sup> Desondanks bestaat er een beoordelingsmarge voor de nationale mededingingsautoriteiten. Zij hebben bijvoorbeeld een prioriteringsbevoegdheid<sup>56</sup> en voorts is er een beoordelingsmarge in de complexe economische analyse die uitgevoerd dient te worden om een inbreuk van het Europees mededingingsrecht vast te stellen.<sup>57</sup> Daarnaast zijn Commissiemededelingen niet bindend voor nationale

46 Artikel 5:10a lid 1 Algemene wet bestuursrecht jo. artikel 12i wet van 25 juni 2014 tot wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht (*Stroomlijningswet*).

47 CBb 21 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY7026, par. 5.2.

48 HvJ EG 18 mei 1982, 155/79, ECLI:EU:C:1982:157 (*AM&S*), r.o. 27.

49 HvJ EU 14 september 2010, C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512 (*AKZO*), r.o. 42-49.

50 Zie bijvoorbeeld conclusie A-G G. Slynn 26 januari 1982, 155/79, ECLI:EU:C:1982:17 (*AM&S*), p. 1655-1656 en GvEA EG 17 september 2007, gevoegde zaken T-125/03 en T-253/03, ECLI:EU:T:2007:287 (*AKZO*), r.o. 172.

51 Artikel 5:20 lid 2 Algemene wet bestuursrecht en artikel 12g lid 1 Instellingswet Autoriteit Consument en Markt. Zie bijvoorbeeld ook: HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6101, r.o. 5.5.

52 Artikel 3 lid 1 Verordening (EG) 1/2003. Het Hof spreekt over een 'gelijktijdige' toepassing; zie HvJ EU 13 december 2012, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 (*Kone*), r.o. 18.

53 Dit neemt niet weg dat het onderscheid tussen de verplichting om bepaalde rechten te waarborgen en de vrijheid om te bepalen hoe deze rechten worden gewaarborgd niet altijd even scherp is, zie bijvoorbeeld HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (*Kone*). Zie ook de annotatie van J.M. Veenbrink & C.S. Rusu in *CompLRev* 2014, afl. 1, p. 107-110.

54 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 4 juni 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-Mobile*), r.o. 50-53.

55 J.F. Appeldoorn & H.H.B. Vedder, *Mededingingsrecht. Beginselen van Europees en Nederlands mededingingsrecht*, Groningen: European Law Publishing 2013, p. 295-298 en A. Jones & B. Sufin, *EU Competition Law. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 1062-1065. Een strengere toepassing van het Nederlandse verbod op misbruik van een dominante positie is wel toegestaan op basis van artikel 3 lid 2 Verordening (EG) 1/2003.

56 Zie bijvoorbeeld A. Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 475.

57 Ibid., p. 476-478. Deze beoordelingsmarge wordt door het Hof aan de Commissie gelaten en door de Nederlandse rechter aan de ACM. Het Europees recht zal derhalve niet zonder meer voorschrijven dat de nationale mededingingsautoriteiten geen beoordelingsmarge meer hebben.

mededingingsautoriteiten.<sup>58</sup> Nationale autoriteiten kunnen dus zelf hun beleid bepalen, ook al is er wel een gebondenheid aan de materiële regels van het kartelverbod en het verbod op misbruik van een dominante positie. De lidstaten hebben in de uitvoering van het Europees mededingingsrecht dus een beoordelingsmarge ten aanzien van de procedurele en de materiële regels. We dienen derhalve te bekijken of er consensus is over de twee fundamentele rechten.

### 5.5. Consensus ten aanzien van de fundamentele rechten

Om te bepalen of er consensus is over een specifiek recht dient er gekeken te worden naar secundaire Uniewetgeving. Op dit moment is er op Unieniveau slechts Verordening (EG) 1/2003 die nadere regels geeft over de handhaving van het Europees mededingingsrecht. De preambule bij Verordening (EG) 1/2003 stelt het volgende:

‘Deze verordening eerbiedigt de grondrechten en is in overeenstemming met de beginselen die met name erkend zijn in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Derhalve dient zij te worden uitgelegd en toegepast in overeenstemming met deze rechten en beginselen.’<sup>59</sup>

Zoals eerder aangegeven is een algemene verwijzing naar fundamentele rechten onvoldoende. Uit de bepalingen van de secundaire regelgeving moet duidelijk naar voren komen dat de Uniewetgever consensus heeft bereikt over een specifiek fundamenteel recht. De advocaat-cliënt-vertrouwelijkheid noch het zwijgrecht komen expliciet terug in Verordening (EG) 1/2003. Er lijkt dan ook geen consensus te bestaan in secundaire Uniewetgeving over de reikwijdte van het zwijgrecht en van de advocaat-cliënt-vertrouwelijkheid. De hogere nationale bescherming zal dan ook getoetst moeten worden aan het drieluik in *Fransson* en *Melloni*.

### 5.6. Voorrang, eenheid en doeltreffendheid: directe toetsing en indirecte toetsing

Zoals eerder aangegeven zullen eenheid en doeltreffendheid de maatstaven worden waaraan beide rechten getoetst zullen worden. Hier dient te worden gekeken naar een tweetal situaties, namelijk (i) wanneer nationale fundamentele rechten rechtstreeks worden getoetst aan handelingen van Unie-instellingen (directe toets) en (ii) wanneer nationale fundamentele rechten worden getoetst aan nationale handelingen, die het Unierecht uitvoeren (indirecte toets). De directe toets zou in het mededingingsrecht bijvoorbeeld kunnen plaatsvinden wanneer een nationale rechter een besluit tot het starten van een *dawn raid* van de Commissie toetst. Een indirecte toets zal

plaats kunnen vinden wanneer de ACM naast het nationale mededingingsrecht ook het Europese mededingingsrecht toepast. In deze situatie zal dan het handelen van de ACM getoetst worden aan nationale fundamentele rechten.

### 5.6.1. Directe toetsing en de eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht

Bij de directe toets zal de eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht per definitie in het geding komen. In het kader van de advocaat-cliënt-vertrouwelijkheid is bijvoorbeeld door ondernemingen geopperd dat het nationale recht dient te bepalen of documenten die onder de vertrouwelijkheid vallen door de Commissie in beslag genomen mogen worden. Dit zou inhouden dat nationale fundamentele rechten de handeling van de Commissie, namelijk de bevoegdheid tot inbeslagname tijdens een *dawn raid*, beperken. Dit is naar de mening van het Hof ongeoorloofd, aangezien een ‘uniforme uitleg (...) onontbeerlijk’ is.<sup>60</sup> Dit lijkt een toetsing aan de eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht. Expliciet werd dit aangegeven door A-G Kokott die beargumenteerde dat het toetsen van handelingen van de Commissie aan nationale (grondwettelijke) beoordelingscriteria ‘afbreuk [zou] doen aan de materiële eenheid en de werking van het recht van de Unie en de interne markt’.<sup>61</sup> Een directe toets is ten aanzien van het zwijgrecht nog niet tot uiting gekomen in de jurisprudentie van het Hof. Logischerwijs zou de redenering ten aanzien van de advocaat-cliënt-vertrouwelijkheid doorgetrokken kunnen worden naar het zwijgrecht. Dit zou inhouden dat een directe toets van Unierechtelijk handelen door een nationale autoriteit per definitie tegen de grenzen van eenheid en doeltreffendheid uit, onder meer, *Melloni* aanloopt. De nationale rechter mag dan bij de toetsing van handelingen van Unie-instellingen geen hogere bescherming van fundamentele rechten bieden dan het Unierecht. De Cohen-advocaat en andere personen dan de wettelijk vertegenwoordiger zullen op basis van de advocaat-cliënt-vertrouwelijkheid respectievelijk het zwijgrecht niet beschermd mogen worden wanneer de nationale rechter handelingen van de Unie-instellingen toetst.

### 5.6.2. Indirecte toetsing en de eenheid van het Unierecht

Bij de indirecte toets lijkt mij meer ruimte te bestaan voor een eventuele hogere bescherming van nationale fundamentele rechten. De eenheid van het Unierecht heeft de potentie een containerbegrip te worden waardoor iedere indirecte toetsing verboden is. De vraag is dan ook hoe het Hof dit criterium gaat uitleggen. Het lijkt mij mogelijk dat het Hof aansluiting gaat zoeken bij de jurisprudentie over de voorlopige rechtsbescherming in gelidigheidskwesies. Wanneer een nationale handeling die

<sup>58</sup> HvJ EU 13 december 2012, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 (*Kone*), r.o. 29.

<sup>59</sup> Verordening (EG) 1/2003, par. 37.

<sup>60</sup> HvJ EU 14 september 2010, C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512 (*AKZO*), r.o. 115.

<sup>61</sup> Conclusie van A-G J. Kokott van 28 april 2010, C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229 (*AKZO*), punt 168.



het Unierecht ten uitvoer legt getoetst wordt op geldigheid, dan is er de mogelijkheid en soms de verplichting om vragen te stellen aan het Hof. De nationale rechter heeft in een dergelijke situatie de mogelijkheid om een voorlopige voorziening te treffen. Wel heeft het Hof hier voorwaarden aan verbonden om de *uniforme toepassing* van het Unierecht niet in gevaar te laten komen.<sup>62</sup> Op vergelijkbare wijze heeft het Hof in de zaak *Fransson* bijvoorbeeld ook de ruimte gelaten aan de nationale rechter om de Europese voorwaarden voor het *ne-bis-in-idem*-beginsel toe te passen. Dit zou dus een logische uitleg kunnen zijn van de grens van 'eenheid' van het Unierecht.

Het zwijgrecht in het Europese mededingingsrecht ziet slechts op belastende verklaringen. Op dit moment lijkt de meest plausibele optie dat alleen wettelijke vertegenwoordigers een afgeleid zwijgrecht hebben. Op basis van de eenheid van het Unierecht zou het dan naar nationaal recht niet meer mogelijk zijn om een hogere bescherming van het zwijgrecht te bieden door deze uit te breiden naar alle werknemers.

De advocaat-cliënt-vertrouwelijkheid zal moeten voldoen aan een tweetal voorwaarden. Allereerst moet het gaan om documenten die gelieerd zijn aan de rechten van de verdediging. De invulling van deze voorwaarde zou dan naar mijn mening naar nationaal recht kunnen plaatsvinden. Ten tweede zullen alleen documenten onder dit recht vallen die gewisseld zijn tussen de onderneming en een onafhankelijke advocaat.

Als we het criterium van de eenheid van het Unierecht op de voorgestelde manier uitleggen kan dit problemen opleveren voor de reikwijdte van het zwijgrecht. Nationale autoriteiten zijn dan gebonden aan de randvoorwaarden van het zwijgrecht zoals deze worden voorgeschreven in het Europees mededingingsrecht.<sup>63</sup> Een andere invulling van de reikwijdte van dit recht zou dan de eenheid van het Unierecht in het geding laten komen. De advocaat-cliënt-vertrouwelijkheid zal zeker stuiten op de grens van eenheid van het Unierecht. Hier lijkt mij geen ruimte om deze voorwaarde op een andere manier in te vullen, aangezien het Hof zeer expliciet is geweest ten aanzien van de reikwijdte *ratione personae*. De bescherming van communicatie tussen de Cohen-advocaat en de onderneming kan dan de eenheid van het Unierecht in het gevaar brengen. Op basis van het beginsel van voorrang zal de hogere bescherming van beide rechten moeten wijken wanneer de ACM het Nederlandse mededingingsrecht en het Europese mededingingsrecht gelijktijdig toepast.

### 5.6.3. Indirecte toetsing en de doeltreffendheid van het Unierecht

Tot slot, zal er ook een toetsing moeten plaatsvinden aan het doeltreffendheidsbeginsel, indien een hogere bescherming van nationale fundamentele rechten nog niet ver-

boden was op basis van voorgaande stappen. Voor beide rechten geldt, zoals eerder aangegeven, dat het Hof van Justitie ze heeft afgezet tegen de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie. Er is dus een balans tussen de rechten van de verdediging en de effectieve handhaving van het Europese mededingingsrecht. Wanneer er in Nederland een hogere bescherming van fundamentele rechten bestaat in het mededingingsrecht dan zal het moeilijker worden voor de ACM om een overtreding vast te stellen. Dit zou op zich geen probleem zijn indien dit zich slechts voordoet voor zover de casus slechts het nationaal mededingingsrecht betreft. Aangezien de ACM ook het Europese mededingingsrecht moet handhaven zou dit kunnen betekenen dat het Europees mededingingsrecht minder doeltreffend gehandhaafd wordt. De ACM zou dan namelijk minder makkelijk overtredingen van het Europees mededingingsrecht kunnen vaststellen. Voor het zwijgrecht én voor de advocaat-cliënt-vertrouwelijkheid betekent dit dan dat het doeltreffendheidsvereiste een hogere bescherming onmogelijk zou kunnen maken.

### 5.7. Een ongeoorloofd hoger beschermingsniveau van nationale fundamentele rechten?

De reikwijdte van het zwijgrecht en de advocaat-cliënt-vertrouwelijkheid is ruimer in het Nederlands mededingingsrecht dan in het Europees mededingingsrecht. Aangezien nationale autoriteiten het Europees mededingingsrecht parallel aan het nationaal mededingingsrecht moeten toepassen is artikel 48 lid 2 Handvest, waar beide rechten onder vallen, van toepassing. De vraag is dan ook of nationale mededingingsautoriteiten een ruimere bescherming van deze fundamentele rechten mogen bieden. Om dit te bepalen zal er getoetst moeten worden aan de *Melloni*-grenzen van eenheid en doeltreffendheid. Er is namelijk een beoordelingsruimte in de toepassing van het Europees mededingingsrecht. Voorts is er geen consensus in secundaire wetgeving over de reikwijdte van het zwijgrecht en de advocaat-cliënt-vertrouwelijkheid. De toets van eenheid en doeltreffendheid kan op twee verschillende situaties worden toegepast, namelijk wanneer het handelen van een *Unie-instelling* door een nationale autoriteit wordt getoetst en wanneer het handelen van een *ationale autoriteit* door een andere nationale autoriteit wordt getoetst. Bij een directe toets lijkt mij geen ruimte te bestaan voor een hogere bescherming van nationale fundamentele rechten. Bij een indirecte toets zal er gekeken moeten worden of en in hoeverre het Hof al enige randvoorwaarden voor het betreffende fundamentele recht heeft gesteld. Voor de reikwijdte van de advocaat-cliënt-vertrouwelijkheid houdt dit in dat de Cohen-advocaat op basis van de eenheid van het Unierecht niet meer beschermd zou mogen worden. De gewone werknemer, niet zijnde de wettelijk vertegenwoordiger, zou in mijn visie ook geen bescherming mogen genieten,

62 HvJ EG 21 februari 1999, gevoegde zaken C-143/88 en C-92/89, ECLI:EU:C:1999:65 (*Zuckerfabrik*) en HvJ EG 9 november 1995, C-465/93, ECLI:EU:C:1995:369 (*Atlanta*).

63 Desondanks heeft het Hof deze randvoorwaarden nog niet expliciet gesteld en zou er, door deze onzekerheid, nog enige ruimte zijn voor lidstaten om de reikwijdte van het zwijgrecht anders in te vullen. Een eventuele andere reikwijdte zou dan door deze onzekerheid nog niet meteen tegen de grens van de eenheid van het Unierecht hoeven aan te lopen.

aangezien dit de eenheid van het Unierecht in het geding zou brengen. Indien de eenheid van het Unierecht een hogere bescherming niet onmogelijk maakt dan lijkt het mij dat de grens van doeltreffendheid dit wel zou doen. In het Europees mededingingsrecht zet het Hof fundamentele rechten af tegen de effectieve handhaving van dit rechtsgebied. Een ruimere bescherming van een fundamenteel recht in een nationale mededingingsrechtelijke procedure zou dan ook de effectieve handhaving van het Europees mededingingsrecht kunnen frustreren. Ook deze grens zou dus kunnen voorkomen dat in het Nederlandse mededingingsrecht de Cohen-advocaat in het kader van de advocaat-cliënt-vertrouwelijkheid beschermd wordt en de gewone werknemer in het licht van het zwijgrecht.

## 6. Concluderende opmerkingen

In dit artikel heb ik getracht de jurisprudentielijn van het Hof over artikel 53 Handvest te concretiseren aan de hand van een tweetal fundamentele rechten uit het mededingingsrecht. Hiervoor heb ik een viertal stappen gestedileerd uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie die genomen zouden moeten worden om te bepalen of een hogere bescherming van nationale fundamentele rechten ten opzichte van de corresponderende Handvestbepalingen geoorloofd is. Het lijkt erop dat het Hof een grote rol weg heeft gelegd voor de Uniewetgever om in secundaire wetgeving fundamentele rechten in acht te nemen. Het Hof van Justitie blijft wel de bevoegdheid houden om secundaire wetgeving te toetsen aan fundamentele rechten uit het Handvest in de vernietigingsprocedure,

de prejudiciële procedure of eventueel op basis van een exceptie van onwettigheid. In het kader van de voorrang van het Unierecht lijkt het mij dan ook niet problematisch wanneer een hogere bescherming van nationale fundamentele rechten niet meer is toegestaan indien er geen beoordelingsmarge meer is voor lidstaten in de tenuitvoerlegging van het Unierecht of wanneer er consensus is over een fundamenteel recht. Problematischer kan het worden indien de inperking van de bescherming van nationale fundamentele rechten op basis van het drieluik voorrang, eenheid en doeltreffendheid plaatsvindt. Zoals beargumenteerd zal in het mededingingsrecht over het algemeen getoetst moeten worden aan het drieluik uit *Fransson* en *Melloni* zolang de Uniewetgever geen nadere regelgeving heeft aangenomen waarin rekening is gehouden met specifieke fundamentele rechten. Het mededingingsrecht vormt een ideaal rechtsgebied om te bepalen hoever het Hof wil gaan met zijn artikel 53 Handvest-jurisprudentie. Een hogere bescherming van nationale fundamentele rechten ten opzichte van de corresponderende rechten uit het Handvest zou in het mededingingsrecht misschien wel onmogelijk kunnen zijn doordat er in dit rechtsgebied per definitie een afweging plaatsvindt tussen fundamentele rechten en de effectieve handhaving van het mededingingsrecht. Een hogere bescherming in nationale procedures kan dan de effectieve handhaving van het Europese mededingingsrecht in het gedrang laten komen. Een dialoog tussen het Hof en de nationale rechters is noodzakelijk om conflicten te voorkomen. Hier lijkt mij dan ook een taak te bestaan voor nationale rechters om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof zodat meer duidelijkheid verkregen kan worden over de mogelijkheid tot een hogere bescherming van nationale fundamentele rechten.